

На правах рукописи

Ковтун Дмитрий Викторович

ИСТОЧНИКИ ЧАСТНОГО ПРАВА

Специальность 12.00.01 – теория и история права и государства;
история учений о праве и государстве

Автореферат
диссертации на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Казань - 2007

Работа выполнена на кафедре теории и истории государства и права
Государственного образовательного учреждения высшего профессионального
образования «Казанский государственный университет
им. В.И. Ульянова-Ленина»

Научный руководитель:
доктор юридических наук, профессор
Горбачев Иван Георгиевич

Официальные оппоненты:
доктор юридических наук, профессор
Финогентова Ольга Евгеньевна

кандидат юридических наук, доцент
Хачатуров Рудольф Левонович

Ведущая организация:
Государственное образовательное учреждение
высшего профессионального образования
«Ульяновский государственный университет»

Защита диссертации состоится 26 апреля 2007 года в 14 часов на заседании диссертационного совета К 212.081.01 при Государственном образовательном учреждении высшего профессионального образования «Казанский государственный университет им. В.И. Ульянова-Ленина» по адресу: 420008, г. Казань, ул. Кремлевская, д. 18, ауд.324.

С диссертацией можно ознакомиться в научной библиотеке им. Н.И. Лобачевского Государственного образовательного учреждения высшего профессионального образования «Казанский государственный университет им. В.И. Ульянова-Ленина».

Автореферат разослан 23 марта 2007 года.

Ученый секретарь
диссертационного совета
кандидат юридических наук, доцент

Г.Р. Хабибуллина

I. ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

Актуальность темы исследования. В современной отечественной юриспруденции проблема источников права является достаточно разработанной, всегда оставаясь предметом самого пристального внимания учёных-юристов в рамках как общей теории права, так и отраслевых наук. Однако длительное время на учение об источниках права оказывала влияние советская идеология, вследствие чего модернизированное правоведение нуждается в уточнении и более глубоком исследовании отдельных сторон данной проблематики. Вследствие этого и в связи с формированием в нашей стране нового демократического права в юридической науке заметно возрос интерес к вопросам, связанным с источниками права.

Несмотря на достаточный уровень разработанности общетеоретической конструкции источников права и существенные достижения в области исследования источников отдельных правовых отраслей, наблюдается весьма значительный недостаток внимания к тому сегменту проблемы, который касается более крупных, чем отрасль, подразделений права: публичного и частного. Учитывая специфику данных внеотраслевых правовых образований, следует подчеркнуть, что каждое из них в силу специфики своего содержания, направленности правового регулирования, пронизывающих их принципов обладает и весьма характерным сочетанием источников (форм) права. При этом специфику частноправовому регулированию (равно как и публично-правовому) придаёт не столько сам конкретный вид источников права, сколько их специфический многокомпонентный состав.

Механизм формирования гражданского общества и правового государства в России, заставляют по-новому взглянуть на многие ставшие привычными правовые понятия, предмет их соответствия современному этапу развития российского общества, государства и права. Особенно

актуально это в отношении источников частного права. И никакая новизна в общих подходах к пониманию права не может перекрыть потребности в детальном и глубоком изучении роли, места и системы источников частного права.

В последнее время проводилось достаточно много исследований, посвященных переосмыслению различных аспектов понятия «источник права», одним из направлений которых является попытка создания универсального всеобъемлющего понятия источника права, основанного на так называемых принципах интегративного подхода к правопониманию. Однако, как нам представляется, вопрос об универсальности термина «источник права» мало продуктивен и несколько схоластичен. В ряде случаев сторонники «единой» теории источников права нередко пытаются соединить в одну целостную систему несовместимые по своим качествам явления, что не делает более ясным понятие источника права, а говорить о какой-либо функционирующей системе источников права не приходится. Вместо последней порой выстраивается эклектичная «совокупность» социальных, политических и юридических явлений, которым присваивается общее наименование «источники права», и это объявляется комплексным подходом, сочетающим все возможные смысловые трактовки источников права. Вместе с тем, вопрос о юридическом значении источников права, их роли и месте в системе правового регулирования отодвигается на задний план.

Конечно, как особая научная позиция такой подход в теоретическом исследовании источников права имеет право на существование, но не видится актуальным. Представляется более своевременным и полноценным осмысление источников права с точки зрения направленности их действия на регулирование тех или иных отношений. В этом аспекте категория «источники частного права» видится весьма законченной и самостоятельной.

Актуальность избранной темы определяются еще и тем обстоятельством, что на источники частного права возлагается задача в оформлении новых экономических отношений в Российском государстве. На сегодняшний день

насушной является проблема исследования источников частного права как составного элемента национальной правовой системы.

Именно теоретическое осмысление системных свойств источников частного права как важнейшего элемента действия права и определяет актуальность темы, цели и задачи исследования.

Степень научной разработанности проблемы. Проблема источников права всегда находилась в сфере научных интересов исследователей, отмечавших неоднократно, что учение об источниках права было и остается одним из центральных разделов юридической науки. Однако в советский и постсоветский периоды развития отечественного правоведения не проводилось диссертационных исследований по общей теории государства и права, посвящённых анализу источников частного права. Многоаспектный, комплексный характер темы обуславливает необходимость широкого использования научных трудов в области теории и истории права, а также отраслей материального и процессуального, частного и публичного права.

В общетеоретическом плане данной или смежными проблемами занимались Н.Г. Александров, С.С. Алексеев, Л.И. Антонова, С.Н. Братусь, В.М. Баранов, А.И. Васильев, И.В. Воронкова, В.Б. Исаков, Д.А. Керимов, С.Ф. Кечекьян, В.Н. Кудрявцев, В.В. Лазарев, Г. В. Мальцев, СЮ. Марочкин, М.Н. Марченко, Н.И. Матузов, В.С. Нерсисянц, А.С. Пиголкин, С.В. Поленина, И.Н. Сенякин, В.Н. Синюков, Н.Н. Разумович и др.

Теоретическую основу настоящего диссертационного исследования составили работы отечественных правоведов (в том числе дореволюционных), посвящённых отдельным вопросам частного права, таких как М.М. Агарков, С.С. Алексеев, В.К. Бабаев, М.И. Байтин, В.М. Ведяхин, В.М. Горшенев, Д.Н. Горшунов, О.С. Иоффе, С.А. Комаров, В.В. Лазарев, Е.А. Лукашева, Е.Г. Лукьянова, А.В. Малько, М.Н. Марченко, Н.И. Матузов, П.Е. Недбайло, А.А. Павлушина, Л.И. Петражицкий, А.С. Пиголкин, С.В. Поленина, В.Н. Протасов, Ю.С. Решетов, В.А. Сапун, Ю.А.

Тихомиров, Ф.Н. Фаткуллин, Р.Л. Хачатуров, А.Ф. Черданцев Б.Б., Черепяхин, Г.Ф. Шершеневич, Л.С. Явич и др.

Специфика диссертационной работы определила обращение к научным работам известных специалистов в области гражданского, предпринимательского, семейного, трудового права, гражданского, арбитражного и уголовного процесса, исполнительного производства: Д.Х. Валеева, А.А. Власова, И.М. Зайцева, И.А. Иконицкой, О.В. Исаенковой, А.Ф. Нуртдиновой, А.Г. Плешанова, Л.М. Пчелинцевой, В.И. Радченко, А.П. Рыжакова, А.П. Сергеева, Е.А. Суханова, Ю.К. Толстого, В.Т. Томина, М.К. Треушников, Г.Д. Улётовой, А.В. Цихоцкого, О.И. Цыбулевской, М.Ю. Чельшева, Н.А. Чечиной, М.С. Шакарян, В.В. Яркова и др.

Однако до сих пор проблема системы источников частного права представляет собой одно из малоисследованных направлений в отечественной правовой науке, многие её аспекты не нашли ни теоретического, ни практического разрешения.

Объектом диссертационного исследования являются условия общественной жизни, влияющие на формирование источников частного права.

Предметом диссертационного исследования выступают теоретические основы и практические аспекты источников (форм) права в сфере содержания и осуществления частного права.

Цель и задачи диссертационного исследования обусловлены актуальностью избранной темы и недостаточностью её разработанности. **Цель** диссертационного исследования заключается в том, чтобы на основе новых достижений правовой науки, а также законодательной и судебной практики осмыслить и проанализировать возможность новых подходов к проблеме источников частного права, выработать концептуальное направление исследования изучаемой категории.

Исходя из цели исследования, предполагается решить ряд теоретических и научно-практических **задач**:

- изучить и обобщить имеющиеся научные материалы, определить степень и уровень разработанности исследуемой темы в целом и по отдельным направлениям;

- проанализировать лингвистические и логические предпосылки многозначности понятия «источники права»;

- дать понятие источников частного права, исследовать системные свойства источников частного права, а также проследить их специфику в отраслях российского частного права;

- разработать универсальную категорию «источники частного права» как одного из основополагающих элементов системы частного права;

- вычленить сферу действия частного права и рассмотреть основные тенденции развития российского частного права в современных условиях;

- раскрыть единство содержания и сущности источников частного права в материальном и процессуальном частном праве;

- показать теоретическую и практическую значимость источников частного права в механизме правореализационного процесса в российской правовой действительности;

- определить собственную позицию по ряду дискуссионных вопросов, возникающих в ходе исследования данной темы.

Методологическая основа исследования. При решении поставленных задач автор опирался на современные методы познания, выявленные и разработанные современной наукой и апробированные практикой. Из специальных методов в ходе исследования применялись системно-структурный, формально-логический, синергетический, а рассмотрение ряда конкретных вопросов проводилось при помощи исторического метода, в том числе метода исторической реконструкции, социологического метода и метода интерпретации (толкования). Использовались законы и категории диалектики (единства исторического и логического, абстрактного и конкретного, общего и особенного, единичного

и уникального) и методологические приемы (анализ и синтез, сравнение и обобщение, индукция и дедукция).

Эмпирическую базу диссертации составили нормы международного права и действующие нормативные правовые акты Российской Федерации, практика их реализации, в том числе акты судебных органов.

Научная новизна диссертационного исследования определяется поставленными целью и задачами и заключается в том, что в ней впервые предпринята попытка комплексного теоретико-правового исследования проблемы существования и действия источников частного права. Новыми являются подходы к исследованию отдельных конструктивных элементов данного предмета исследования.

Автором выработано и предложено к использованию определение источников частного права, ориентирующее на достижение принципиально новых результатов в теоретико-правовой науке.

По-новому построено исследование источников частного права на основе единства и связанности правореализационных процессов в сфере частного права применительно к материальным и процессуальным правовым нормам (межотраслевые связи в системе частного права).

В работе впервые ставится вопрос о выявлении общих черт и закономерностей источников частного права в отраслях процессуального и материального частного права.

Научной новизной отличается авторский подход к объяснению целостности системы источников частного права на основе их общих и особенных функциональных свойств, вытекающих из сущности частного права. Автор рассматривает качества, свойственные системным образованиям, делает вывод о необходимости их учета при определении круга источников частного права, прогнозировании развития системы частного права в целом.

Основные положения, выносимые на защиту. Результатом научного анализа данной проблемы являются выносимые на защиту выводы и положения теоретического характера:

- Под источником частного права предлагается понимать в самом общем его значении, совпадающим с основным словарным значением термина «источник» (как того, что дает чему-либо начало, откуда исходит что-либо) лишь наиболее адекватное ему понятие, а именно правообразующие факторы частного права, определяющие его природу и сущность, отражающим исходные начала правопонимания.

- В частноправовых отраслевых юридических науках допустимо применение термина «источник права» для обозначения форм внешнего выражения норм позитивного права в смысле «сосуда», из которого черпается установленное общеобязательное право. Это представляется уместным в силу традиционности именно такого использования данного термина и может быть уточнено посредством дополнений «юридические источники частного права» или «источник норм частного права».

- В условиях различия правовых семей, следует оговаривать, что источником частного права выступает не только официальный документ – акт или договор – как юридический источник права, а особые средства и приемы образования норм позитивного права (обычное право, юридическая (особенно судебная) практика, доктрина, религиозные каноны), что требует специального уточнения объема и смысла названного термина в правовой системе соответствующего общества и государства.

- Система частного права в определённой степени соотносится с системой источников частного права: совокупность норм частного права находит своё выражение и закрепление в формах права, составляющих источниковедческую основу отраслей и институтов частного права.

- Состав, тенденции развития и свойства отдельных видов источников частного права находятся в непосредственной зависимости от качеств и свойств, определяющих их особые функции в системе частного права.

При этом состав источников частного права определяется рядом факторов, важнейшими из которых являются сложившиеся правовые традиции, особенные функциональные свойства отдельных видов источников права, характер регулируемых общественных отношений, предпочтительные методы правового регулирования.

- Система источников материальных отраслей частного права организована на двух уровнях. Первый уровень источников базовых отраслей включает в себя три взаимосвязанных подсистемы: систему источников гражданского права, систему источников семейного права и систему источников трудового права. Второй уровень источников комплексных отраслей – это системы земельного, предпринимательского права и др.

- Единство структурного построения системы источников материальных отраслей частного права проявляется в существовании такого источника как акты саморегулирования. Дифференциация, в свою очередь, может быть выражена в наличии или отсутствии правовых обычаев в качестве источника норм соответствующей правовой отрасли.

- Саморегулирование является специальным приемом восполнительного правового регулирования, устанавливаемым в источниках материального частного права и отражающим содержательную специфику этих источников, который в зависимости от круга субъектов, подпадающих под область саморегулирования, следует разграничивать на два вида (два уровня саморегулирования): локальное саморегулирование (создание саморегулируемой организации, осуществление локального нормативного регулирования в форме создания локальных правовых норм этой организацией, работодателем и проч.); договорное саморегулирование путем совершения конкретного договора (гражданско-правового, семейно-правового, трудового).

- Система источников процессуальных отраслей частного права включает в себя источники частного и публичного права. Первые касаются процессуальных правоотношений сторон-лиц, участвующих в деле, вторые -

касаются организационно-правовых основ цивилистического юридического процесса.

Научно-теоретическая и практическая значимость диссертационного исследования состоит в том, что оно является определённым вкладом в углубление научных знаний об особенностях частноправового регулирования, нацелено на идеи формирования представлений об источниках частного права.

Выводы и предложения, содержащиеся в настоящей работе, можно использовать в науке теории права и государства, отраслевых юридических науках – гражданском, трудовом, семейном, гражданском и арбитражном процессуальном праве, исполнительном производстве, а также в учебно-преподавательской деятельности, в частности при проведении лекций, семинарских занятий, подготовке учебных и методических материалов. Сформулированные выводы и рекомендации по совершенствованию основ законодательства могут найти практическое применение в законотворческой деятельности институтов государственной власти и правоприменительной практике.

Апробация результатов диссертационного исследования. Диссертация подготовлена, обсуждена и одобрена на кафедре теории и истории государства и права Казанского государственного университета им. В.И. Ульянова-Ленина.

Основные положения и выводы, изложенные в работе, содержатся в опубликованных научных статьях, докладывались и обсуждались на научных всероссийских, региональных и внутривузовских конференциях.

Структура диссертации обусловлена целью и задачами исследования, избранной логикой их достижения и решения и включает в себя введение, три главы, объединяющие шесть параграфов, заключение и список использованной литературы.

II. ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Во **Введении** обосновывается актуальность избранной темы, раскрывается степень ее научной разработанности, определяются объект, предмет, цель и задачи исследования, формулируются основные теоретические положения, выносимые на защиту, указываются методологическая, теоретическая и эмпирическая основы, раскрываются научная новизна и практическая значимость исследования, приводятся сведения об апробации и внедрении его результатов.

Глава I. Понятие и проблема определения источников частного права

В первом параграфе - *«Теоретико-методологическое определение понятия «источник частного права»: лингвистические, логические и систематические особенности»* - подчеркивается, что термин «источник права» относится к числу ключевых в понятийном аппарате теории государства и права. Отражая наиболее существенные связи и отношения реальной действительности и познания, понятие источника права приобретает характер научной правовой категории (А.М.Васильев). Однако даже беглое знакомство с употреблением этого термина в общеправовой теории, а также в отраслевых и прикладных юридических науках убеждает, по крайней мере, в неоднозначности его понимания и употребления.

Диссертант полагает, что под источником частного права следует понимать в самом общем его значении, совпадающем с основным словарным значением термина «источник» (как того, что дает чему-либо начало, откуда исходит что-либо), лишь наиболее адекватное ему понятие, а именно правообразующие факторы частного права, определяющие его природу и сущность, отражающие исходные начала правопонимания.

Многозначность понятия источников права в наиболее общих чертах может быть объяснима, по мнению автора, во-первых, полисемантизмом опорного понятия «право», а, во-вторых, лингвистическими и логическими особенностями его формирования. Естественно, что данный подход исследователя определяется его научной позицией по вопросу правопонимания в целом (М.Н.Марченко, И.А.Таляпина).

На взгляд диссертанта, источники права необходимо воспринимать в двух смыслах: легитимационном и формально-юридическом. Конечно, термин «источники права» может быть заменен каким-либо другим, но рациональнее не уклоняться от сложившейся «метафорической» терминологии (А.А.Рубанов).

Источники права в формально-юридическом смысле – это специальные юридические конструкции объективирования юридических норм, посредством которых правовые нормы не только воспринимаются как таковые с присущими им характеристиками, но и функционируют (т.е. могут реализовываться, применяться, охраняться) в качестве именно юридических норм. Это соответствует наиболее распространенным определениям источников права, но акцент здесь сделан на представлении об источниках права как таких объектах, которые, приобретая известную самостоятельность, становятся способными к процедурам осуществления права, служат для них исходным пунктом.

Одновременно с этим выявлено, что источники права в легитимационном смысле – публичные или иные акции, которые способны в силу своей авторитетности, воспринимаемой в данном случае весьма разнообразно, вплоть до применения вооруженной силы, устанавливать, поддерживать или аннулировать правила, рассматриваемые в качестве юридических норм или близких юридическим нормам положений (И.Л.Бачило).

Учитывая, что термин «источники права» в правовой науке используется для обозначения разнопорядковых понятий, каждое из которых

имеет достаточные основания сохранить это имя, диссертантом предлагается использовать термин «источник частного права» в более конкретных значениях. Например, в частноправовых отраслевых юридических науках допустимо применение термина источник права для обозначения форм внешнего выражения норм позитивного права в смысле «сосуда», из которого черпается установленное общеобязательное правило поведения, что представляется вполне уместным в силу традиционности именно такого использования этого термина, и может быть уточнено посредством дополнений «юридические источники частного права» или «источник норм частного права».

В условиях различия правовых семей источником частного права выступают не только официальный документ – акт или договор – как юридический источник права, но и особые средства и приемы образования норм позитивного права (обычное право, юридическая (особенно судебная) практика, доктрина, религиозные каноны), что требует специального уточнения объема и смысла названного термина в правовой системе соответствующего общества и государства. При этом автор обращает внимание на то, что в социально-экономическом и политическом отношениях договор является наиболее оптимальным источником права. В юридико-техническом же плане он практически ничем не уступает закону, но в то же время не содержит присущей закону императивности, которая всегда порождает известное сопротивление тем или иным положениям закона.

На основании изложенного диссертант делает вывод, что понятие «источник частного права» имеет категориальный статус и представляет собой обширную, развивающуюся систему, определенную частную теорию (теорию источников частного права) в составе общей теории государства и права.

Во втором параграфе – *«Источники частного права как нормативно-правовое выражение системы частного права»* - отмечается, что успешное решение теоретических, правотворческих и правоприменительных проблем в сфере частного права во многом зависит от определения круга и характера

значимости источников (форм) права, их содержания, структуры и системно-иерархического подчинения, места в правовой системе государства.

На взгляд автора, система частного права в определённой степени соотносится с системой источников частного права: совокупность норм частного права находит своё выражение и закрепление в формах права, составляющих источниковедческую основу отраслей и институтов частного права.

Согласно общепринятым позициям теории права, подтверждённым положениями действующего законодательства, различают следующие источники частного права: общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации (п.4 ст.15 Конституции РФ, ст. 7 ГК РФ, ст. 6 СК РФ, ст. 10 ТК РФ); Конституция Российской Федерации и федеральные конституционные законы (п.2 ст.4, ст.15 Конституции); действующее законодательство, в том числе: а) кодифицированные законодательные акты, в первую очередь, Гражданский кодекс Российской Федерации (п.2 ст.3 ГК РФ), Семейный кодекс Российской Федерации (ч.2 ст.3 СК РФ), Трудовой кодекс Российской Федерации (ст. 5 ТК РФ); б) принятые в соответствии с кодексами иные федеральные законы, регулирующие частноправовые отношения; в) законодательные нормативные акты субъектов Российской Федерации по отдельным вопросам частноправового регулирования, находящимся в совместном ведении Российской Федерации и её субъектов (ст. 72 Конституции Российской Федерации); иные нормативные правовые акты, содержащие нормы частного права: а) указы Президента Российской Федерации; б) постановления Правительства Российской Федерации; в) акты министерств и иных органов исполнительной власти.

Наряду с указанными источниками для гражданского и семейного права источником являются также правовые обычаи (ст.5 ГК РФ и ст. 4 СК РФ). Открытым для научной дискуссии, но однозначно отрицательно воспринимаемым действующим законодательством, считается вопрос о

месте судебного прецедента в системе источников российского права. Отсутствует единообразное понимание локальных актов организаций в качестве источников гражданского права, которые в силу специфики отношений отсутствуют в семейном праве, но имеют важнейшее значение для регулирования трудовых отношений (ст. 8 ТК РФ).

Нормативно-правовое оформление системы частного права, очевидно, должно основываться на системе источников, регулирующих специфические общественные отношения в сфере существования частного интереса и функционирования субъектов в целях его реализации, а также воспринимающих и регламентирующих специфику, характерные черты данного рода отношений.

Состав, тенденции развития и свойства отдельных видов источников частного права находятся в непосредственной зависимости от качеств и свойств, определяющих их особые функции в системе частного права.

В диссертации подчеркивается особая значимость в системе источников частного права Гражданского кодекса РФ, представленного в качестве хартии частного права (С.В.Поленина). Он содержит нормы межотраслевого значения, закрепляющие основные начала и систему частного права, круг регулируемых им отношений, правовой статус субъектов частного права, основания возникновения прав и обязанностей, фиксирует общие положения о договоре и других частноправовых институтах.

Состав источников частного права определяется рядом факторов, важнейшими из которых являются: сложившиеся правовые традиции, особые функциональные свойства отдельных видов источников права, характер регулируемых общественных отношений, предпочтительные методы правового регулирования.

Глава II. Источники материальных отраслей частного права: сравнительно-правовой анализ

Система источников частного права складывается из двух основных взаимодействующих элементов – системы источников материальных отраслей частного права и системы источников процессуальных отраслей частного права. Связь указанных систем основана на том, что процессуальные источники частного права регламентируют особую сферу правореализации, которая является известным продолжением материально-правовой. Кроме того, в различных юрисдикционных процессах (арбитражном, гражданском и проч.) нормы, содержащиеся в источниках материального частного права, реализуются совместно с нормами процессуальных источников права (АПК РФ, ГПК РФ и др.).

Для источников материальных отраслей частного права (гражданского, семейного и трудового), как и для иных правовых источников, подчеркивает диссертант, характерно свойство системности, проявляющееся в двух аспектах. С одной стороны, системность выражается в том, что источники названных отраслей частного права в совокупности представляют собой элемент общей системы правовых источников частного и публичного права. При этом одним из базовых признаков, позволяющих объединить все эти источники в один элемент указанной системы, выступает содержательный критерий: данные источники содержат нормы частного права. Важно обратить внимание и на достаточно глубокую степень взаимного проникновения источников материальных отраслей частного права. Особенно ярко это наблюдается в источниках семейного и трудового права, которые в определенной мере заимствуют цивилистический инструментарий.

С другой - сами по себе источники отдельных материальных отраслей частного права носят системный характер. Диссертанту представляется, что система этих источников организована на двух уровнях: уровне источников базовых отраслей и уровне источников комплексных отраслей права.

Подобное утверждение основывается на многоуровневом характере структуры права (С.С.Алексеев). При этом нужно заметить, что данная структура одним из своих проявлений имеет структуру правовых источников, которая, таким образом, также многоуровневая.

Первый уровень, являющийся предметом научного интереса во второй главе исследования, включает в себя три взаимосвязанных подсистемы: систему источников гражданского права, систему источников семейного права и систему источников трудового права, а второй – это системы источников комплексных правовых отраслей, таких как земельное, предпринимательское право и др.

В диссертации выделен ряд общих черт источников базовых отраслей материального частного права: основная роль в системе исследуемых источников принадлежит нормативным правовым актам, а в числе последних – соответствующим кодифицированным актам; в данных источниках содержится система норм частного права; большинство из этих источников, действующих в Российской Федерации, принято на федеральном уровне, что обусловлено необходимостью обеспечения единых начал частноправового регулирования на всей территории России; нормативные источники материального частного права могут применяться по аналогии закона либо права (см., например, ст. 6 ГК РФ), отличающие их от источников публичного права, где аналогия существенно ограничена либо вовсе исключена; в источниках базовых отраслей материального частного права широко применяется прием саморегулирования (договорного либо локального).

В источниках базовых и комплексных правовых отраслей частного права закрепляются положения о системообразующих признаках соответствующей отрасли: нормы о ее принципах, предмете и т.д. Подобное нормативное закрепление признаков той или иной правовой отрасли в правовых источниках имеет правотворческое (унификационное),

практическое (восполнение правовых пробелов); научно-познавательное (формирование представления о соответствующей отрасли права) значение.

Нормативное закрепление в источниках основных и комплексных отраслей частного права предписаний о системообразующих признаках соответствующей правовой отрасли является приемом законодательной техники и специфическим приемом правового регулирования, носящим межотраслевой характер.

Ведущее место в системе источников материального частного права занимают источники гражданско-правовой отрасли, обстоятельная характеристика которых содержится в первом параграфе – *«Источники гражданского права в системе источников частного права»*.

Наиболее полное представление об источниках гражданского права дает ГК РФ. Согласно ст. 3 ГК РФ основным источником выступает гражданское законодательство. Отмеченный термин принято использовать в широком значении как совокупность любых нормативных правовых актов, содержащих нормы гражданского права, включая как законы, так и подзаконные акты. В узком же значении (гражданское законодательство в узко нормативном смысле) - это то представление о гражданском законодательстве, которое выражено непосредственно в ст. 3 ГК РФ, включающее в гражданское законодательство ГК РФ и принятых в соответствии с ним иные федеральные законы, регулирующие гражданские отношения, указанные в ст. 2 ГК РФ.

Анализируя федеральные законы как источники гражданского права, в диссертации отмечается, что одной из тенденций, выраженной в них, выступает расширение области саморегулирования, которая достаточно отчетливо прослеживается в отечественном законодательстве с 1996 г. Именно с того периода в законодательстве на уровне федеральных законов стали появляться правила о саморегулируемых организациях (далее - СРО). В настоящее время ряд федеральных законов содержит нормы о СРО, например: Федеральный закон от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке

ценных бумаг», Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», Федеральный закон от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» и др. В этих и других законах определяются основы правового положения отдельных СРО, которые функционируют в той или иной области предпринимательской и иной профессиональной деятельности. Оформление в актах гражданского законодательства правил о СРО нужно признать приемом правового регулирования определенной гражданско-правовой области. Совокупность нормативных правил о СРО, по мнению диссертанта, есть институциональный прием саморегулирования. Существуют и иные приемы саморегулирования. Так, практически во всех федеральных законах, содержащих нормы о СРО, данным организациям предоставляется право на разработку правил о соответствующей профессиональной деятельности, т.е. право на создание правовых норм, распространяющих свое действие на участников определенной СРО.

Наряду с федеральными законами к источникам гражданского права относятся и федеральные подзаконные акты: указы Президента и постановления Правительства Российской Федерации, нормативные правовые акты федеральных министерств и ведомств, среди которых наиболее распространенными актами в области регулирования гражданских отношений являются постановления Правительства.

Как отмечается в юридической литературе, нормы гражданского права можно обнаружить и в актах Конституционного Суда Российской Федерации, содержащих правовые позиции (Г.А.Гаджиев, С.Г.Пепеляев, Я.Ф.Фархтдинов). Конституционный Суд осуществляет правотворческую деятельность особого рода, его правовые позиции обладают нормативной силой и являются преюдициальными для судов. В некоторых случаях акты Конституционного Суда РФ приравниваются к нормативным правовым актам (Ф.С.Саматов).

Довольно сложным и дискуссионным является вопрос в отношении иной судебной практики, т.е. является ли она источником права? Следует

согласиться с тем, что практика судов по конкретным гражданским делам не может выступать как источник права. Она, при определенной степени обобщения, может служить лишь нормативным ориентиром для разрешения схожих дел. Конечно, в актах обобщения судебной практики могут содержаться новые правовоположения (А.К.Безина). Поэтому, отрицая свойство источника права за отечественной судебной и судебно-арбитражной практикой в целом, мы признаем известную нормативную силу за актами обобщения судебной и судебно-арбитражной практики, которые принимаются по гражданско-правовым спорам.

Судебный прецедент как источник права подразделяется на традиционный судебный прецедент и обобщающий судебный прецедент, когда нормативную силу получает не конкретное решение, а обобщение таких решений, произведенное в актах высших судебных инстанций.

Второй параграф – *«Источники семейного и трудового права: отраслевые и межотраслевые особенности»* - посвящен анализу источников семейного и трудового права, относящихся к источникам частного права и обладающих всеми общими чертами, выделенными в предыдущем параграфе, характерными для источников частного права. Вместе с тем, этим источникам присущ и ряд специфических особенностей, обусловленных существом семейно-правового и трудо-правового регулирования и формализованных в основных источниках семейного и трудового права – СК РФ и ТК РФ.

Предметные общность и специфика гражданского права, с одной стороны, семейного и трудового права, с другой - определяют единство и дифференциацию содержательной и структурной организации источников указанных правовых отраслей. Так, в частности, единство структурного построения системы источников материальных отраслей частного права проявляется в существовании такого источника как акты саморегулирования. Дифференциация, в свою очередь, может быть выражена в наличии или

отсутствии правовых обычаев в качестве источника норм соответствующей правовой отрасли.

С позиции разграничения предметов ведения между Российской Федерацией и ее субъектами, на взгляд диссертанта, нужно выделить два взаимосвязанных уровня организации нормативных источников семейного права: уровень федеральных законов и уровень законов субъектов Российской Федерации. Выявлено, что законы субъектов РФ, регулирующие семейные отношения, как источники частного права обладают двумя особенностями. Прежде всего, они принимаются по вопросам, отнесенным СК РФ к ведению субъектов РФ, и по вопросам, не урегулированным, непосредственно СК РФ (предметная особенность). Так, например, ст. 13 СК РФ (о брачном возрасте) определяет, что порядок и условия, при наличии которых вступление в брак в виде исключения с учетом особых обстоятельств может быть разрешено до достижения возраста шестнадцати лет, могут быть установлены законами субъектов РФ, а ст. 32 (о праве выбора супругами фамилии) устанавливает, что супруги по своему желанию выбирают при заключении брака фамилию одного из них в качестве общей фамилии либо каждый из супругов сохраняет свою добрачную фамилию, либо, если иное не предусмотрено законами субъектов РФ, присоединяет к своей фамилии фамилию другого супруга и т.д. Вторая особенность заключается в том, что нормы семейного права, содержащиеся в законах субъектов РФ, должны соответствовать СК РФ (особенность юридической силы семейного законодательства субъектов РФ).

Нормативными актами обоих обозначенных уровней регулируются определенные общественные отношения, которые именуются семейными. Именно этот предметный признак является главным, объединяющим нормативные правовые акты в единое семейное законодательство.

Источники семейного и трудового права могут применяться в конкретной ситуации наряду с нормативными источниками гражданского права. При этом последние применяются в субсидиарном порядке, что

является отражением единства системы отраслей частного права и самостоятельности семейного и трудового права как правовых отраслей.

Предмет правового регулирования трудового права предопределяет следующие основные особенности структурной организации источников трудового права: значительный объем локальных нормативных актов, существование в качестве источников нормативных договоров (коллективных договоров и соглашений), не применение правовых обычаев.

В диссертации обосновывается, что саморегулирование есть специальный прием восполнительного правового регулирования, устанавливаемый в источниках материального частного права и отражающий содержательную специфику этих источников, который в зависимости от круга субъектов, подпадающих под область саморегулирования, следует разграничивать на два вида (два уровня саморегулирования): локальное саморегулирование (создание саморегулируемой организации, осуществление локального нормативного регулирования в форме создания локальных правовых норм этой организацией, работодателем и проч.); договорное саморегулирование путем совершения конкретного договора (гражданско-правового, семейно-правового, трудового).

Глава III. Источники частного права в отраслях цивилистического процесса

Первый параграф – *«Сравнительно-правовой анализ источников частного права в гражданском и арбитражном процессе»* - начинается с характеристики гражданского процессуального права (арбитражного процессуального права) как системы установленных государством гражданских (арбитражных) процессуальных норм, регулирующих общественные отношения, складывающиеся между судами, с одной стороны, и другими участниками гражданского дела, с другой - при осуществлении деятельности (правосудия) по защите субъективных прав, свобод и

охраняемых законом интересов граждан, организаций, государственных и общественных интересов.

Выявлено, что термины «гражданское процессуальное законодательство» и «арбитражное процессуальное законодательство» означают совокупность гражданских (арбитражных) процессуальных законов, а не совокупность законов и подзаконных нормативных актов, т.е. в строгом соответствии с Конституцией РФ (п. «о» ст. 71) формой (источником) выражения норм гражданского и арбитражного процессуального права может быть лишь закон, хотя источниками последних выступают и некоторые подзаконные нормативные правовые акты (указы Президента и постановления Правительства Российской Федерации, инструкции министерств и ведомств).

Диссертант считает возможным подразделить все источники гражданского (арбитражного) процессуального права на две относительно самостоятельные группы: источники публичного права и источники частного права в гражданском и арбитражном процессе. Обосновывается, что деление источников на источники публичного и частного права определяется дуализмом метода правового регулирования гражданских процессуальных и арбитражных процессуальных отношений. Общепризнанно, что в гражданском и арбитражном процессе применяется императивно-диспозитивный метод правового регулирования: императивная сторона метода в большей степени определена источниками публичного права, а диспозитивная - источниками частного права.

Если исходить из действующего гражданского (арбитражного) процессуального законодательства, то можно выделить законодательство о гражданском судопроизводстве (источники публичного права) (ст. 1 ГПК РФ и ст. 3 АПК РФ) и нормативные правовые акты, применяемые судом при разрешении гражданских дел, так называемое «применимое право» (источники частного права) (ст. 11 ГПК РФ и ст. 13 АПК РФ).

Источники публичного права в гражданском и арбитражном процессе: Конституция Российской Федерации; федеральные конституционные законы; ГПК РФ, АПК РФ и принимаемые в соответствии с ними другие федеральные законы; международные договоры Российской Федерации, правила которых применяются, если международным договором Российской Федерации установлены иные правила гражданского судопроизводства, чем те, которые предусмотрены законом. Наряду с указанными источниками в гражданском процессе применяется аналогия закона или права: в случае отсутствия нормы процессуального права, регулирующей отношения, возникшие в ходе гражданского судопроизводства, федеральные суды общей юрисдикции и мировые судьи применяют норму, регулирующую сходные отношения (аналогия закона), а при отсутствии таковой - действуют, исходя из принципов осуществления правосудия в Российской Федерации (аналогия права). В арбитражном процессуальном законодательстве не говорится об аналогии процессуального закона или права.

Источники частного права в гражданском и арбитражном процессе: Конституция Российской Федерации; международные договоры Российской Федерации; федеральные конституционные законы; федеральные законы; нормативные правовые акты Президента и Правительства Российской Федерации, федеральных органов государственной власти; конституции (уставы), законы, иные нормативные правовые акты органов государственной власти субъектов Российской Федерации; нормативные правовые акты органов местного самоуправления; обычаи делового оборота в случаях, предусмотренных нормативными правовыми актами; аналогия закона или права: в случае отсутствия норм права, регулирующих спорное отношение, суд применяет нормы права, регулирующие сходные отношения (аналогия закона), а при отсутствии таковых - разрешает дело, исходя из общих начал и смысла законодательства (аналогия права); международные договоры Российской Федерации, правила которых применяются судом при разрешении гражданского дела, если международным договором Российской

Федерации установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены законом; нормы иностранного права, применяемые судом при разрешении дел, в соответствии с федеральным законом или международным договором Российской Федерации.

Таким образом, отмечается в диссертации, в законодательстве закреплён гораздо более широкий перечень источников частного права в гражданском и арбитражном процессе нежели источников публичного права. Подобное положение вполне объяснимо, т.к. применимое частное (материальное) право гораздо шире и является основой любой правоприменительной или праворазрешительной деятельности, в том числе судебной в рамках гражданского и арбитражного процесса.

Во втором параграфе – *«Источники частного права в исполнительном процессе»* - диссертант исходит, прежде всего, из того, что исполнительное производство (процесс) - важнейший участок правовой практики, отражающий эффективность всего механизма правового регулирования и способность права воздействовать на поведение человека, чем и объясняется произошедшее в 1997 г. реформирование исполнительного производства, изменение его организационных и содержательных характеристик, которые должны в комплексе с другими мерами улучшить существующую ситуацию в данной сфере (В.В.Ярков).

Под источниками исполнительного производства в диссертации понимаются нормативные правовые акты, содержащие правовые нормы, регулирующие условия и порядок принудительного исполнения судебных актов судов общей юрисдикции и арбитражных судов, а также актов других органов, которым при осуществлении установленных законом полномочий предоставлено право возлагать на граждан, организации или бюджеты всех уровней обязанности по передаче другим гражданам, организациям или в соответствующие бюджеты денежных средств и иного имущества либо совершению в их пользу определенных действий или воздержанию от совершения этих действий.

Принято различать три основных источника права - нормативный юридический акт с приоритетным значением закона, обычай и судебный прецедент. В числе источников называются нормативные договоры, имеющие подзаконный характер, и принципы правосудия (Я.Ф.Фархтдинов).

Обосновывается, что источники исполнительного производства можно подразделить на две относительно самостоятельные группы: источники публичного права и источники частного права в исполнительном производстве. Доказано, что подобное деление источников определяется двойственной сущностью исполнительного производства: с одной стороны, исполнительное производство, в основном, носит публично-правовой характер, регулирование поведения его участников осуществляется преимущественно путем предписания; с другой - дозвоительные начала в исполнительном производстве хотя крайне малы и характерны в небольших пределах для должника (например, право должника указать на те виды имущества или предметы, на которые следует обратить взыскание в первую очередь) и в большей степени - для взыскателя, который самостоятельно решает вопросы об обращении исполнительного документа к взысканию, отказе от исполнения и т.д., однако нормы частного права (гражданского, семейного, жилищного, трудового и др.) все же являются основой исполнительного производства.

На взгляд диссертанта, исполнительное законодательство представляется комплексным правовым образованием, которое соединяет в себе нормы различной отраслевой принадлежности, что определяет компетенцию соответствующего органа государственной власти.

Источниками публичного права в исполнительном процессе выступают: Конституция Российской Федерации; международный договор; федеральные конституционные законы и федеральные законы; акты Конституционного Суда Российской Федерации, а источниками частного права в исполнительном процессе являются: Конституция Российской

Федерации; федеральные законы; подзаконные нормативные акты; судебная практика.

К источникам частного права в исполнительном процессе, по мнению автора, следует относить, в основном, федеральные законы, регулирующие различные «материальные» правоотношения и составляющие основу исполнительного производства, поскольку данные нормы относятся к базовым отраслям российского права. Например, в ГК РФ содержатся нормы о представительстве, порядке выдачи доверенности (гл. 10 ГК РФ), об ответственности за нарушение обязательств (гл. 25 ГК РФ) вследствие причинения вреда (гл. 59 ГК РФ), о порядке проведения торгов (статьи 447–449 ГК РФ) и некоторые другие нормы; СК РФ урегулирован порядок исполнения решений судов по спорам, связанным с воспитанием детей (ст. 79 СК РФ), а также порядок уплаты и взыскания алиментов (гл. 17 СК РФ). В ТК РФ закреплены наиболее важные вопросы, связанные с порядком защиты трудовых прав и разрешением трудовых споров (разд. XIII ТК). В частности, определяются способы защиты трудовых прав работников (ст. 352 ТК), полномочия органов федеральной инспекции труда (ст. 356 ТК), компетенция комиссии по трудовым спорам (ст. 385 ТК), порядок исполнения решения комиссии по трудовым спорам (ст. 389 ТК), правила исполнения решения о восстановлении на работе (ст. 396 ТК). Существенным является также правило об ограничении обратного взыскания сумм, выплаченных по решению органов, рассматривающих индивидуальные трудовые споры (ст. 397 ТК). Это положение имеет значение при повороте исполнения по трудовым спорам.

Рассматривая процесс разработки проекта Исполнительного кодекса РФ, диссертант сформулировал вывод, согласно которому Исполнительный кодекс РФ должен стать основным правовым актом, регламентирующим исполнительные процедуры, исходя из критериев необходимости и достаточности их детализации.

В **Заключении** сформулированы основные теоретические положения и выводы диссертационного исследования.

По теме диссертации опубликованы следующие работы:

Работы, опубликованные в изданиях, рецензируемых ВАК:

1. Ковтун Д.В. Материалы судебной и арбитражной практики как источник права / Д.В. Ковтун // «Черные дыры» в российском законодательстве. Юридический журнал (“Black Holes” in Russian Legislation). – М. – 2007. - №3. – С.239-240 (0,125 п.л.).

Работы, опубликованные в иных изданиях:

2. Ковтун Д.В. К вопросу о «нетрадиционных» источниках (формах) российского права / Д.В. Ковтун // Вестник Волжского университета им. В.Н. Татищева. Сер. «Юриспруденция». – Вып. 61. – Тольятти: ВУиТ, 2006. – С. 33-39 (0,425 п.л.).

3. Ковтун Д.В. Некоторые положения об источниках публичного и частного права в гражданском и арбитражном процессе / Д.В. Ковтун // Правовое государство: вчера, сегодня, завтра: Сб. трудов докторантов, адъюнктов и соискателей. – Вып. 25. Ч. 1 / Под общ. ред. В.П. Сальникова. - СПб.: Санкт-Петербургский университет МВД России, 2007. - С. 118-125. (0,5 п.л.).